

O SUKOBU NAČELA TRANSPARENTNOSTI I PRAVA NA TAJNOST PODATAKA U PRAVU JAVNE NABAVE REPUBLIKE HRVATSKE

Dr. sc. Romina Štaba*
Izv. prof. dr. sc. Marko Turudić**

UDK: 351.712.2:347.775(497.5)
351.712.2:347.725(497.5)
DOI: 10.3935/zpfz.74.1.04
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: listopad 2023.

Načelo transparentnosti jedno je od temeljnih načela za provođenje postupaka javne nabave. Dosljednom primjenom navedenog načela osigurava se dostupnost svih potrebnih informacija o postupku javne nabave zainteresiranim gospodarskim subjektima, ali se i osigurava transparentnost postupanja naručitelja pri vođenju postupka i donošenju odluke o odabiru. Ipak, načelo transparentnosti ne smije biti apsolutno, budući da će u nekim postupcima javne nabave postojati informacije koje gospodarski subjekti s razlogom ne žele učiniti javno dostupnima. Stoga je pitanje kako uravnotežiti načelo transparentnosti s pravom na tajnost podataka postalo jedno od važnijih pitanja prava javne nabave na razini EU-a, ali i u Republici Hrvatskoj. U ovom radu prikazat ćemo, objasniti i definirati načelo transparentnosti i načelo tajnosti podataka i trenutno zakonodavno uređenje u Republici Hrvatskoj. Također, prikazat ćemo zahtjeve prema načelu transparentnosti i načelu tajnosti podataka pred Europskim sudom za ljudska prava, ali i Sudom Europske unije. Na kraju ćemo prikazati poredbeno uređenje glavnog problema rada u pravu Ujedinjenog Kraljevstva, te dati konkretne prijedloge kako izmijeniti hrvatsko javnonabavno zakonodavstvo kako bismo osigurali ravnotežu

* Dr. sc. Romina Štaba, odvjetnica, starija partnerica u Odvjetničkom društvu Porobija & Špoljarić d.o.o., Kolodvorska 12, 42000 Varaždin; romina.staba@psod.hr; ORCID ID: orcid.org/0009-0006-9119-7014

** Dr. sc. Marko Turudić, izvanredni profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb; marko.turudic@pravo.unizg.hr; ORCID ID: orcid.org/0000-0001-9569-9018

načela transparentnosti i tajnosti podataka u postupcima javne nabave.

Ključne riječi: javna nabava, načelo transparentnosti, pravo na tajnost podataka

1. UVOD¹

Postupci javne nabave vođeni su, na temelju primjenjivog europskog i hrvatskog prava, temeljnim načelima. Uz poznata načela poput zaštite tržišnog natjecanja, jednakog tretmana, zabrane diskriminacije, uzajamnog priznanja i razmjernosti, od posebne je važnosti načelo transparentnosti. Načelom transparentnosti osigurava se dostupnost informacija u svim fazama javnonabavnog postupka – što je postupak transparentniji, to je mogućnost korupcije manja.

Ipak, postoje ograničenja koja apsolutnu transparentnost čine nemogućom, najvažnije od kojih je pravo na tajnost podataka. Naime, u nekim postupcima javne nabave ponuditelji u svojim ponudama prilažu elemente koji se mogu i trebaju smatrati poslovnom tajnom. Apsolutna primjena načela transparentnosti značila bi i da dijelovi ponuda koji sadržavaju poslovne tajne moraju biti u potpunosti objavljeni na Elektroničkom oglasniku javne nabave (EOJN), što bi dovelo do znatne štete ponuditelju. Neki autori čak i sugeriraju kako pretjerana transparentnost može povećati rizik od dogovaranja (zabranjenih sporazuma) ponuditelja.² Također, u državama poput Finske u kojima je bila implementirana potpuna transparentnost u postupcima javne nabave javili su se ozbiljni problemi s tržišnim natjecanjem i zaštitom povjerljivih informacija.³

Dakle, potpuna i neograničena transparentnost postupaka javne nabave nemoguća je. Ali isto tako – i neograničena mogućnost korištenja instituta poslovne tajne može omogućiti ponuditeljima zlouporabe i pokušaje onemogućavanja uvida u dijelove ponude koji bi morali biti dostupni drugim ponuditeljima, pogotovo kod sastavljanja učinkovite žalbe.

¹ Rad je u najvećoj mjeri nastao prilagodbom i na temelju istraživanja iz doktorske disertacije Romine Štabe *Ograničenje načela transparentnosti javne nabave pravom na tajnost podataka*, obranjenog 2023. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Doktorsku disertaciju mentorirao je izv. prof. dr. sc. Marko Turudić.

² Sanchez Graells, A., *The difficult balance between transparency and competition in public procurement: Some recent trends in the case law of the European Courts and a look at the new Directives*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 13-11, 2013., str. 2.

³ Vidi Halonen, K. M., *Disclosure rules in EU public procurement: balancing between competition and transparency*, *Journal of Public Procurement*, vol. 16, br. 4, 2016.

Stoga se nužno postavlja važno pitanje – kako postići ravnotežu između načela transparentnosti i prava na tajnost podataka?

U ovom radu prikazat ćemo temeljne teorijske odrednice načela transparentnosti i prava na tajnost podataka u postupcima javne nabave. Prikazat ćemo trenutačno normativno uređenje, ali i važnu upravnu i sudsku praksu koja postavlja okvire primjene ovog dijela prava javne nabave. Najvažniji dio rada odnosit će se na komparativna iskustva koja, po našem mišljenju, kvalitetno rješavaju ovaj problem, te prijedloge kako unaprijediti hrvatsko pravo javne nabave kako bi se načelo transparentnosti i pravo na tajnost podataka doveli u prihvatljivu ravnotežu.

2. NAČELO TRANSPARENTNOSTI

Iako se o njemu nedovoljno raspravlja u literaturi, načelo transparentnosti u postupcima javne nabave važan je preduvjet za osiguranje ispunjenja načela jednakog tretmana i odgovornosti naručitelja u provođenju postupaka javne nabave – potreba za osiguranjem pravodobnih i potpunih informacija kao i dostupnosti javnonabavnih dokumenata prije, tijekom i nakon donošenja odluke o odabiru posebno su naglašene u javnonabavnom režimu EU-a.⁴

Načelo transparentnosti kao jedno od temeljnih načela postupaka javne nabave određeno je ponajprije člankom 18. stavkom 1. Direktive 2014/24/EU⁵, kojim je propisano kako javni naručitelji moraju prema gospodarskim subjektima postupati jednako i bez diskriminacije te djelovati na transparentan i razmjeran način. U skladu i na temelju navedene odredbe, načelo transparentnosti je izrijekom propisano kao jedno od temeljnih načela postupaka javne nabave u Republici Hrvatskoj člankom 4. stavkom 1. Zakona o javnoj nabavi (ZJN).⁶

U skladu s načelom transparentnosti, postupci javne nabave moraju se provoditi na takav način da je potencijalnim ponuditeljima jasno koje uvjete moraju zadovoljiti kako bi se mogli natjecati u postupku, te da im je jasan način

⁴ Halonen, K. M., *Many faces of transparency in public procurement*, u: Halonen, K. M.; Caranta, R.; Sanchez-Graells, A. (ur.), *Transparency in EU Procurements*, Edward Elgar, Chetelham, 2019., str. 8.

⁵ Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, SL L 94, 28. 3. 2014.

⁶ Narodne novine, br. 120/16, 114/22: “Naručitelj je u primjeni ovoga Zakona u odnosu na sve gospodarske subjekte obvezan poštovati načelo slobode kretanja robe, načelo slobode poslovnog nastana i načelo slobode pružanja usluga te načela koja iz toga proizlaze, kao što su načelo tržišnog natjecanja, načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti i načelo transparentnosti.”

na koji će se njihove ponude ocjenjivati.⁷ Posebice je važno istaknuti da, iako načelo transparentnosti ostvaruje samostalno svoje gore navedene zadatke, ono ipak u velikoj mjeri i postoji kako bi omogućilo primjenu načela jednakog tretmana i načela zabrane diskriminacije.⁸

Sve navedeno može se svesti na dva glavna aspekta načela transparentnosti postupaka javne nabave: transparentnost o nabavi i transparentnost unutar nabave. Transparentnost o nabavi znači da namjera provođenja postupka javne nabave mora biti objavljena na odgovarajući način kako bi svi zainteresirani gospodarski subjekti mogli pravodobno podnijeti svoje ponude, dok transparentnost unutar nabave znači da je naručitelj obavezan osigurati transparentnost vođenja samog postupka i izbora najpovoljnijeg ponuditelja.⁹

3. TAJNOST PODATAKA (POVJERLJIVOST)

Člankom 21. Direktive 2014/24/EU se na sveobuhvatan način uređuje tajnost podataka u postupcima javne nabave, na praktički isti način kao i u članku 6. Direktive 2004/18/EC¹⁰. Tako je propisano (*inter alia*) da javni naručitelj ne otkriva prosljeđene informacije gospodarskih subjekata koje su označili kao povjerljive, uključujući tehničke ili trgovinske tajne i povjerljive aspekte ponuda, ali ne ograničavajući se na njih. Također, javni naručitelji mogu nametnuti gospodarskim subjektima zahtjeve s ciljem zaštite povjerljive naravi podataka koje javni naručitelji stavljaju na raspolaganje tijekom cijelog postupka nabave. Navedena odredba ipak sadržava dosta nejasnoća i pravnih praznina, pogotovo u kontekstu određivanja može li proglašavanje informacija tajnima biti jednostrana odluka gospodarskog subjekta, te u kojoj mjeri (i mogu li uopće) informacije koje nemaju izravne veze s gospodarski osjetljivim informacijama ili poslovnim tajnama biti zaštićene na ovaj način.¹¹ Ipak, važno je napomenuti

⁷ Risvig Hamer, C.; Andhov, M., *Commentary on Article 18*, u: Caranta, R.; Sanchez Graells, A. (ur.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar, Chetelham, 2021., str. 192.

⁸ Za slično vidi i Moukiou, C. P., *The Principles of Transparency and Anti- Bribery in Public Procurement: A Slow Engagement with the Letter and Spirit of the EU Public Procurement Directives*, *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, br. 2, 2016., str. 75.

⁹ Steinecke, M., *Commentary on Article 18.*, u: Steinecke, M.; Vesterdorf, P. L. (ur.), *EU Public Procurement Law – Brussels Commentary*, Nomos, Bruxelles, 2018., str. 319 i 320.

¹⁰ Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, SL L 134, 30. 4. 2004.

¹¹ Sanchez Graells, A., *Commentary of Article 21*, u: Caranta, R.; Sanchez Graells, A.

kako će u svim državama članicama (pa tako i Hrvatskoj) granice tajnosti podataka u postupcima javne nabave u velikoj mjeri određivati odredbe zakona o pravu na pristup informacijama. Također, kad je riječ o vrstama informacija koje mogu biti proglašene tajnima, smatramo kako sam članak 21. Direktive 2014/24/EU ipak postavlja neke smjernice, ako ne i stvarna ograničenja. Tako je naglasak ipak na informacijama koje mogu onemogućiti učinkovito natjecanje gospodarskog subjekta na tržištu.¹²

Tajnost podataka odnosi se na javnost i na druge gospodarske subjekte koji sudjeluju u postupku javne nabave, ali ne i na samog naručitelja i druge naručitelje ako je riječ o zajedničkom postupku javne nabave. Naime, naručitelj mora biti u mogućnosti potpune ponude (uključujući i dijelove proglašene tajnima) učiniti dostupnima svim fizičkim osobama koje na zakonit način sudjeluju u postupku javne nabave, kao i svim naručiteljima koji zajednički sudjeluju u istom postupku.¹³

Odredbe o tajnosti podataka u hrvatskom pravu javne nabave razrađene su u poglavlju 3. ZJN-a, te će biti detaljno prikazane u nastavku rada.

4. PRIKAZ TRENUTAČNOG ZAKONODAVNOG UREĐENJA

ZJN regulira pravo na tajnost podataka na način da gospodarski subjekt u postupku javne nabave, uz označavanje pravne osnove, smije na temelju zakona, drugog propisa ili općeg akta određene podatke označiti tajnom, uključujući tehničke ili trgovinske tajne te povjerljive značajke ponuda i zahtjeva za sudjelovanje.

Valjana pravna osnova za označavanje podataka tajnima može biti zakon, drugi propis ili opći akt.

Analizom hrvatskog i europskog prava zaključuje se da je zaštita tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka¹⁴, propisana Zakonom o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti¹⁵ (ZZNITV), Zakonom o tajnosti podataka¹⁶

(ur.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar, Chetelham, 2021., str. 229.

¹² Za sličan stav vidi i Steinecke, M., *Commentary on Article 21.*, u: Steinecke, M.; Vesterdorf, P. L. (ur.), *EU Public Procurement Law – Brussels Commentary*, Nomos, Bruxelles, 2018., str. 344.

¹³ *Ibid.*, str. 345.

¹⁴ Koji podatci se mogu pojaviti i u postupcima javne nabave.

¹⁵ Narodne novine, br. 30/2018.

¹⁶ Narodne novine, br. 79/2007, 86/2012.

(ZTP), Zakonom o zaštiti tajnosti podataka¹⁷ (ZZTP), Direktivom 2016/943¹⁸, Poveljom Europske unije o temeljnim pravima¹⁹ (Povelja) te Općom uredbom o zaštiti podataka²⁰.

Iz pobrojanih propisa proizlazi da bi se u postupku javne nabave tajnima mogli označiti podatci koji se odnose na poslovnu tajnu, znanje i iskustvo te osobne podatke.

ZJN-om je propisano da je prije početka postupka javne nabave javni naručitelj obavezan internom odlukom imenovati stručno povjerenstvo za javnu nabavu koje priprema i provodi postupak javne nabave. Najmanje jedan član stručnog povjerenstva za javnu nabavu mora posjedovati važeći certifikat u području javne nabave.

Budući da, u fazi postupka kada je podnesen zahtjev pojedinog gospodarskog subjekta za uvid u ponudu drugog gospodarskog subjekta, o pitanju da li je gospodarski subjekt u postupku javne nabave pojedine podatke pravno osnovano označio tajnima odlučuje isključivo naručitelj, bez dodatnog kontrolnog mehanizma, odnosno neovisnog tijela koje bi u toj fazi postupka propitalo pravnu osnovanost označavanja pojedinih podataka tajnima, naručitelj bi trebao raspolagati visokom razinom stručnih znanja i kvalifikacija kako bi mogao valjano propitati pitanja iz navedenog kompleksnog pravnog područja. Naime, naručitelj mora i sadržajno preispitati osnovanost označavanja poslovne tajne.²¹

Stoga se može zaključiti da je nužno da barem jedan član stručnog povjerenstva kod naručitelja posjeduje certifikat iz područja javne nabave i ima završeno pravno obrazovanje. Isti se stav odnosi i na naručitelje koji nisu obveznici ZJN-a, ali provode javne nabave vezane uz postupke financirane sredstvima iz europskih fondova.²²

¹⁷ Narodne novine, br. 108/1996, 79/2007, na snazi su još uvijek odjeljci VIII. i IX. istog zakona koji se odnose na poslovnu i profesionalnu tajnu.

¹⁸ Direktiva (EU) 2016/943 Europskog Parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2016. o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja, SL L 157, 15. 6. 2016.

¹⁹ SL C 202/389, 07. 6. 2016.

²⁰ Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ, SL L 119, 04. 5. 2016.

²¹ Proizlazi iz pravnog shvaćanja Klasa: 030-02/15-01/1, Urbroj: 354-01/16-14, Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave sa sjednice održane 17. 11. 2016. godine.

²² Uglavnom je riječ o poduzetnicima iz privatnog sektora.

4.1. Pristup dokumentaciji označenoj tajnom u postupku pred naručiteljem

Ponuditelj u postupku javne nabave čija ponuda nije odabrana²³ i ako se on ne slaže s odlukom o odabiru te je odlučio podnijeti žalbu, za podnošenje kvalitetne žalbe mora obaviti uvid u dokumentaciju postupka nabave te istu proučiti kako bi uspješno mogao argumentirati svoje žalbene navode.

Do specifičnih situacija u praksi dolazi kada su potencijalni žalbeni navodi vezani upravo uz podatke koji su u postupku označeni tajnima. Budući da naručitelj nije obvezan dati na uvid dokumentaciju koju je odabrani ponuditelj ili natjecatelj označio tajnom, dolazi do situacija da se ponuditelj ili natjecatelj koji žele podnijeti žalbu ne slažu s time da za određenu dokumentaciju postoji valjana pravna osnova označavanja tajnosti podataka te tvrde da je povrijeđeno načelo transparentnosti postupka.

Gospodarskom subjektu u tom slučaju ne preostaje drugo nego podnijeti žalbu Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave (DKOM), podmiriti trošak naknade za pokretanje žalbenog postupka te nerijetko podmiriti i trošak angažiranog punomoćnika za zastupanje.²⁴ Time dolazi do rizika odbacaja ili odbijanja žalbe, a s druge strane do odugovlačenja postupka.

Navedeno bi trebalo eliminirati jasnijom i kvalitetnijom procedurom postupanja naručitelja. Međutim, zasebna procedura kontrole postupanja naručitelja, glede kontrole označavanja pojedinih podataka tajnima, u pojedinoj fazi ili stadiju postupka javne nabave u Republici Hrvatskoj nije propisana.

Ako postoji spor o povjerljivosti podataka, on u tijeku hrvatskog postupka javne nabave nije propisan.

Iz analize recentnih odluka DKOM-a²⁵ i Visokog upravnog suda Republike

²³ Odnoseći se i na natjecatelje čiji zahtjev za sudjelovanje nije bio prihvaćen.

²⁴ S obzirom na to da su u mnogim postupcima javne nabave procijenjene vrijednosti nabave velike vrijednosti te su troškovi žalbenog postupka visoki, jer se određuju prema vrijednosti predmeta spora, žalitelj, kojem nije omogućen uvid u podatke koji su označeni tajnima, žalbu zapravo mora temeljiti na pretpostavkama i svojim špekulativnim saznanjima.

²⁵ Rješenje DKOM, Klasa: UP/II-034-02/18-01/798, Urbroj: 354-01/18-7 od 25. listopada 2018., <https://pdf.dkom.hr/18399.pdf> (28. siječnja 2023.).

Rješenje DKOM, Klasa: UP/II-034-02/17-01/64, Urbroj: 354-01/17-7 od 8. ožujka 2017., <http://pdf.dkom.hr/16704.pdf?nocache=140417215927> (28. siječnja 2023.).

Rješenje DKOM, Klasa: UP/II-034-02/17-01/197, Urbroj: 354-01/17-7 od 9. svibnja 2017., <https://pdf.dkom.hr/16840.pdf> (28. siječnja 2023.).

Rješenje DKOM, Klasa: UP/II-034-02/18-01/216, Urbroj: 354-01/18-7 od 26. trav-

Hrvatske (VUSRH)²⁶ proizlazi kako u svezi s prednje opisanim problemom žalitelji u žalbama ističu da je povrijeđeno načelo transparentnosti u postupku javne nabave te da im je povrijeđeno pravo na žalbu.

Takvim zakonodavnim prazninama, glede nepostojanja regulacije spora o povjerljivosti u postupku javne nabave, može, uz povredu načela transparentnosti, doći i do povrede prava na pošteno suđenje i prava na djelotvorno pravno sredstvo iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Konvencija).

4.2. Pristup tajno označenoj dokumentaciji u postupku pred DKOM-om

DKOM, kao žalbeno tijelo u postupcima javne nabave, donosi odluke na sjednicama vijeća koje nisu javne, a usmena rasprava održava se u skladu s odredbama ZJN-a i Uredbe o unutarnjem ustrojstvu DKOM-a.²⁷ Posebna pravila glede spora o tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka u postupku javne nabave pred DKOM-om, također nisu propisana.

Iz važećih zakonskih odredaba ni na jednom mjestu nije predviđeno da bi

nja 2018., <https://pdf.dkom.hr/17805.pdf> (28. siječnja 2023.).

Rješenje DKOM, Klasa: UP/II-034-02/17-01/513, Urbroj: 354-01/17-9 od 22. rujna 2017., <http://pdf.dkom.hr/17163.pdf> (28. siječnja 2023.).

Rješenje DKOM, Klasa: UP/II-034-02/21-01/473, Urbroj: 354-01/21-8 od 11. lipnja 2021., <https://pdf.dkom.hr/dokumentit/202106171203420466.pdf>, datum pristupa 28. 1. 2023.

²⁶ Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-99/19-8 od 20. 3. 2019., dostupno na: <https://pdf.dkom.hr/usdokumenti/18399445053.pdf> (28. siječnja 2023.).

Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-99/19-8 od 20. ožujka 2019., <https://pdf.dkom.hr/usdokumenti/18399445053.pdf> (28. siječnja 2023.).

Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-218/16-4 od 9. ožujka 2018., <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/UpSRH2016UsIIB218A4> (28. siječnja 2023.).

Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-255/21 od 24. kolovoza 2021., <https://pdf.dkom.hr/dokumentit/202109090937085625.pdf> (28. siječnja 2023.).

²⁷ Narodne novine, br. 84/2013, 145/2014. Stranke mogu predložiti održavanje usmene rasprave i obrazložiti razloge zbog kojih raspravu predlažu, a posebice radi razjašnjenja složenog činjeničnog stanja ili pravnog pitanja. Također, DKOM može odlučiti o održavanju usmene rasprave i u slučaju kada sam utvrdi da je to potrebno radi razjašnjenja složenoga činjeničnog stanja ili pravnog pitanja. Ako dođe do usmene rasprave, ona je javna, a javnost može biti isključena zbog potrebe čuvanja tajne.

DKOM omogućio žalitelju pristup dokumentaciji, odnosno dijelovima dokumentacije koja je tijekom postupka javne nabave označena tajnom.²⁸

Ako bi žalba žalitelja bila odbijena i on bi odlučio podnijeti tužbu VUSRH-u, tada bi ponovno samo imao mogućnost korištenja argumenata da mu nije omogućen uvid u dokumentaciju ili dijelove dokumentacije koji su označeni tajnama osporavajući pravnu osnovanost označavanja podataka tajnama, no sam sadržaj podataka koji su označeni tajnama ne bi imao mogućnost propitati, čime se dovodi u rizik gubitka spora.²⁹

4.3. Pristup tajno označenoj dokumentaciji postupka u postupku pred VUSRH-om

Protiv odluke DKOM-a nije dopuštena žalba, već se može pokrenuti upravni spor pred VUSRH-om. Zakon o upravnim sporovima³⁰ (ZUS) predviđa da će sud, ako to zahtijevaju razlozi zaštite privatnosti, tajnosti podataka i drugi zakonom propisani razlozi, isključiti javnost za cijelu raspravu ili njezin dio. Međutim isključenje javnosti za glavnu raspravu ne jamči povjerljivost postupka, budući da stranke u postupku mogu imati svoje zastupnike, primjerice odvjetnike koje mogu zamijeniti i odvjetnički vježbenici, mogu biti angažirani i vještaci te saslušavani svjedoci.

Sudski poslovnik³¹ u Republici Hrvatskoj samo predviđa da se u upisnike Su-pov i Su-StrPov upisuju predmeti sudske uprave koji su prema posebnim propisima klasificirani ili sadržavaju klasificirane podatke, dok se u upisnike Su-pov i Su-StrPov upisuju sva pismena primljena od drugih tijela koja nose oznaku da su povjerljive prirode kao i vlastiti dopisi za koje to odredi predsjednik suda.³²

²⁸ Ako bi žalitelj predložio održavanje usmene rasprave pred DKOM-om, tada pravilima nije regulirano bi li se tijekom održavanja rasprave žalitelju omogućio uvid u traženu dokumentaciju postupka, odnosno bi li se ista, primjerice, smjela fotokopirati u svrhu pripreme argumenata i zastupanja.

²⁹ Punomoćnici žalitelja, odnosno tužitelja, kao pravni stručnjaci, u takvim situacijama nisu u mogućnosti dati procjenu uspješnosti spora, budući ne znaju kojim činjeničnim supstratom raspolažu, jer nemaju uvid u spornu dokumentaciju.

³⁰ Narodne novine, br. 20/2010, 143/2012, 152/2014, 94/2016, 29/2017, 110/2021, članak 38.

³¹ Narodne novine, br. 37/2014, 49/2014, 8/2015, 35/2015, 123/2015, 45/2016, 29/2017, 33/2017, 34/2017, 57/2017, 101/2018, 119/2018, 81/2019, 128/2019, 39/2020, 47/2020, 138/2020, 147/2020, 70/2021, 99/2021, 23/2022.

³² Također je propisano da s povjerljivim i strogo povjerljivim spisima rukuje osobno predsjednik suda ili njegov zamjenik te da se ti spisi čuvaju u uredu predsjednika

Stoga, ni ZUS-om ni Sudskim poslovnikom nije propisana procedura zaštite procesnih prava stranke da u sudskom postupku, koji je proizašao iz postupka javne nabave, izvrši uvid u povjerljivu, odnosno tajno označenu dokumentaciju spisa.

5. USPOREDNI POSTUPAK IZ HRVATSKOG ZAKONODAVSTVA GLEDE OMOGUĆAVANJA PRISTUPA POVJERLJIVIM PODATCIMA U SPORU

Hrvatskim ZZNITV-om propisano je, među ostalim³³, da nositelji poslovne tajne imaju pravo zahtijevati mjere, postupke i pravna sredstva predviđena tim zakonom radi sprječavanja nezakonitog pribavljanja, korištenja ili otkrivanja svoje poslovne tajne odnosno ostvarivanja pravne zaštite u tom pogledu.

Istim zakonom³⁴ regulirano je očuvanje povjerljivosti poslovnih tajni tijekom sudskog postupka na način da stranke, njihovi odvjetnici ili drugi zastupnici, sudski službenici, svjedoci, stručnjaci i sve ostale osobe koje sudjeluju u sudskom postupku koji se odnosi na nezakonito pribavljanje, korištenje ili otkrivanje poslovne tajne ili koje imaju pristup dokumentima koji su sastavni dio sudskog postupka, ne smiju koristiti ili otkriti bilo koju poslovnu tajnu ili navodnu poslovnu tajnu koju je sud, na zahtjev zainteresirane stranke, utvrdio kao povjerljivu i za koju su saznali zbog takvog sudjelovanja ili pristupa.

ZZNITV predviđa da sud može, na zahtjev stranke, poduzeti posebne mjere³⁵ potrebne za očuvanje povjerljivosti bilo koje poslovne tajne ili navodne po-

suda u blagajni ili zajedničkom ormaru, odvojeno od ostalih spisa sudske uprave. Iz navedenoga proizlazi da se zakonske odredbe glede povjerljivih spisa, odnosno podataka, odnose na spise sudske uprave, no ne i na spise koji su u radu pred sudom.

³³ U članku 7. stavku 1. ZZNITV-a.

³⁴ U članku 10. ZZNITV-a.

³⁵ Takve posebne mjere mogu uključivati: 1) isključivanje javnosti iz cijelog postupka ili dijela postupka; 2) ograničavanje na ograničeni broj osoba, u cijelosti ili djelomično, pristupa dokumentima koje su dostavile stranke ili treće osobe, a koji sadržavaju poslovne tajne ili navodne poslovne tajne; 3) zabranu umnožavanja dokumenata koji sadržavaju poslovne tajne ili navodne poslovne tajne i njihovo zatvaranje u poseban omot koji se može otvarati samo na sudu, u kojem slučaju će se ponovno zatvoriti u poseban omot i na omotu naznačiti da je dokument razgledan, datum razgledanja i tko je izvršio razgledanje; 4) ograničavanje na ograničen broj osoba pristupa ročištima na kojima bi se poslovne tajne ili navodne poslovne tajne mogle otkriti te pristupa zapisniku ili transkriptu s tih ročišta i/ili 5) stavljanje na raspolaganje bilo kojoj osobi, osim onih obuhvaćenih ograničenim brojem osoba, bilo koje sudske odluke u verziji koja nije povjerljiva, u kojoj su odlomci koji sadržavaju poslovne tajne uklonjeni ili redigirani.

slovne tajne koja se koristi ili na koju se upućuje tijekom sudskog postupka koji se odnosi na nezakonito pribavljanje, korištenje ili otkrivanje poslovne tajne.

Propisano je da broj osoba kojima se omogućava pristup ročištima na kojima bi se mogle otkriti poslovne tajne ne smije biti veći od onoga koji je potreban kako bi se osiguralo poštovanje prava stranaka sudskog postupka na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje te da uključuje najmanje jednu fizičku osobu svake stranke te odvjetnike ili druge zastupnike tih stranaka sudskog postupka.³⁶

Prigodom odlučivanja o opisanim mjerama i procjeni njihove razmjernosti sud uzima u obzir potrebu osiguravanja prava na djelotvoran pravni lijek i pošteno suđenje, legitimne interese stranaka i, s obzirom na okolnosti slučaja, pravni interes trećih osoba te štetu koja može nastati za bilo koju od stranaka.³⁷

Dio prikazanih zakonodavnih rješenja usporednog postupka bi se u Republici Hrvatskoj mogao primijeniti i u vezi s postupcima javne nabave u kojima se određeni podatci označe tajnima.

6. ZAHTJEVI PRAVA NA POŠTENI SUĐENJE

Jedan od aspekata prava na pošteno suđenje jest i pravo na procesnu ravnopravnost.³⁸ Pravo na pošteno suđenje se tiče građanskih prava i obveza, međutim isto se proteže i izvan područja građanskih predmeta, odnosno izraz "utvrđivanje prava i obveza građanske naravi" se postupno proširio na sve vrste postupaka, uključujući i upravne postupke.³⁹ Stoga, kad je riječ o žalbenim i sudskim postupcima vezanima uz područje prava javne nabave, isti također nesporno potpadaju pod zaštitu članka 6. Konvencije, što dokazuje i bogata praksa Europskog suda za ljudska prava (ECHR).

Samo središte prava na pošteno suđenje čini pravo na procesnu ravnopravnost te pravo na kontradiktornost i javnost u postupanju te odlučivanju.

³⁶ Člankom 10. stavkom 5. ZZNITV-a.

³⁷ Članak 10. stavci 6., 7. i 8. ZZNITV-a.

³⁸ Uzelac, A., *Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60, br. 1, 2010., str. 104. Ostali aspekti prava na pošteno suđenje, prema istom autoru su: pravo na pristup sudu, pravo na pravnu pomoć, pravo na javno i kontradiktorno suđenje, pravo na saslušanje, pravo na dokaz, pravo na javnu objavu presuda, pravo na sud ustanovljen zakonom, pravo na nezavisnost i nepristranost u suđenju, pravo na suđenje u razumnom roku, pravo na učinkovitu ovrhu presuda i zabrana arbitrarnog postupanja.

³⁹ *Ibid*, str. 105.

Načelo procesne ravnopravnosti zahtijeva da svaka od stranaka treba imati “razumnu mogućnost da u postupku brani svoja prava pod uvjetima koji ga ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj u odnosu na njenog protivnika”, kao i “mogućnost da se izjašnjava i raspravlja o svom relevantnom procesnom materijalu”.⁴⁰

Gospodarski subjekt koji u hrvatskom postupku javne nabave želi ostvariti pravo uvida u podatke koje je drugi gospodarski subjekt označio tajnima, i naručitelj je isto prihvatio, nema zakonom propisanih mehanizama kako pristupiti tajnoj dokumentaciji, bilo pred naručiteljem bilo pred DKOM-om, bilo pred VUSRH-om, iako su takvi podatci možda odlučujući za rješavanje samog merituma spora.⁴¹

6.1. Recentna praksa Europskog suda za ljudska prava

ECHR je glede prava na pošteno suđenje zauzeo stav⁴² da je uloga suda ispitivanje prijave protiv pojedine države jesu li nacionalni sudovi zanemarili posebne postupovne zaštitne mjere, odnosno je li vođenje postupka u cjelini onemogućilo podnositelju zahtjeva pravično suđenje. Dakle, pravičnost postupka je na prvome mjestu vezana uz poštovanje postupovnih pravila, a jedno od njih je upravo kontradiktornost postupka.

ECHR je među ostalim naglasio da su zahtjevi koji proizlaze iz prava na kontradiktorni postupak u načelu isti u građanskim i kaznenim predmetima, a kao što je prije navedeno, ne postoje zapreke da se isto ne bi odnosilo i na predmete iz područja upravnog prava, odnosno konkretno i na postupke vezane uz javnu nabavu.⁴³

Ujedno, ECHR je u svojoj odluci od 15. 9. 2009. godine⁴⁴ zauzeo stav da

⁴⁰ *Ibid*, str. 109.

⁴¹ Time može doći do kršenja prava na procesnu ravnopravnost, jednakost oružja, kontradiktornost i pošteno suđenje.

⁴² U odluci od 6. srpnja 2010. godine, zahtjev broj 54111/07., <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2254111/07%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22ADMISSIBILITY%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-100012%22%5D%7D> (28. siječnja 2023.).

⁴³ U § 66 presude ECHR od 24. studenoga 1997., *Werner protiv Austrije*, zahtjev broj 138/1996/757/956, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58114%22%5D%7D> (28. siječnja 2023.).

⁴⁴ § 103 Odluke, *Miroļubovs i ostali protiv Lettonie*, zahtjev broj 798/05, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%22798/05%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-93983%22%5D%7D> (28. siječnja 2023.).

je točno da su u tom predmetu žalbeni i kasacijski sudovi propustili prigodu ispraviti predmetnu pritužbu odbacivanjem primjedaba stranaka na prilično formalnim osnovama i bez rješavanja suštinskih pitanja predmeta, međutim da je, gledano u cjelini, predmetni postupak zadovoljio uvjete iz članka 6. stavka 1. Konvencije. Dakle, i kod ograničenja prava na pristup pojedinim tajnim, odnosno povjerljivim podacima, potrebno je sagledati postupak kao cjelinu, odnosno jesu li ipak u okviru cjeline postupka bili zadovoljeni zahtjevi kontradiktornosti u vidu jednakosti oružja, što uključuje i pravo pristupa tajnim podacima kada oni predstavljaju dokaze važne za meritum postupka.

Također, u predmetu 28901/95⁴⁵ ECHR je odlučivao o pravičnosti kaznenog postupka u situaciji kada je tužiteljstvo kao stranka postupka, a da o tome nije obavijestilo suca, podnositeljima zahtjeva uskratilo određene relevantne dokaze pozivajući se na javni interes. ECHR je stoga presudio da takav postupak, u kojem je isključivo tužiteljstvo donijelo procjenu o važnosti prikrivenih informacija za obranu, nije u skladu sa zahtjevima iz članka 6. stavka 1. Konvencije. Naime, ECHR je zaključio da je odluku o tome trebao donijeti prvostupanjski sud, kao neovisna strana u postupku, kako bi se time zajamčilo daljnje pravično izvođenje dokaza u postupku.

Važno je za naglasiti da se i u knjizi *The European Convention on Human Rights, 7th edition*⁴⁶, među ostalim navodi, glede prava na pošteno suđenje⁴⁷, da je za učinkovitost kontradiktornog postupka važno da relevantan materijal bude dostupan objema stranama.

6.2. Mišljenje nezavisne odvjetnice Sharpston u predmetu Suda Europske unije C-450/06

Nezavisna odvjetnica Sharpston u svojem mišljenju⁴⁸ od 25. 10. 2007. godine u predmetu koji se vodio pred Sudom Europske unije (CJEU), C-450/06, *Varec v État belge*, navela je da bi, kada revizijsko tijelo u svojoj odluci uzme u obzir informacije koje utječu na odluku, u načelu te informacije trebale biti dostupne i svim glavnim strankama u postupku, kako bi se poštovalo njihovo

⁴⁵ Presuda ECHR u predmetu *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog kraljevstva*, od 16. veljače 2000.

⁴⁶ Rainey, B.; McCormick, P.; Ovey, C., *Jacobs, White, and Ovey; The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2017., str. 292 – 293.

⁴⁷ Doduše, autori spominju građanske i kaznene predmete, ali s obzirom na sudsku praksu Europskog suda za ljudska prava, nema zapreke da se isto ne bi odnosilo i na postupke vezane uz upravno pravo.

⁴⁸ Mišljenje je dostupno na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006CC0450> (28. siječnja 2023.).

pravo na pošteno suđenje.⁴⁹

Također je navela⁵⁰, među ostalim, da je očito da će se vjerojatno pojaviti sukobi između prava na povjerljivo postupanje s poslovnim tajnama, potrebe za transparentnošću u području javnih nabava te dužnosti tijela za reviziju da osiguraju učinkovit postupak i prava svih strana na pravičan postupak. Ujedno je eksplicitno istaknula da se mora osigurati najveća zaštita svakog interesa⁵¹, i to povjerljivost poslovne tajne i pravo na pošteno suđenje, a što je moguće postići bez narušavanja suštine drugoga i uspostaviti ravnotežu između navedenoga. Dakle, od ključne je važnosti postizanje pravilne ravnoteže, odnosno balansa između dvaju opisanih interesa.

6.3. Stavovi CJEU iz presude u predmetu C-538/13

CJEU je 12. ožujka 2015. godine donio presudu u predmetu *eVigilo Ltd protiv Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, C-538/13⁵² iz koje proizlazi⁵³ da je u skladu s ustaljenom sudskom praksom, u nedostatku propisa Unije, na svakoj državi članici “da uredi pravila upravnog i sudskog postupka koja trebaju osigurati zaštitu prava koja pojedinci uživaju na temelju prava Unije. Ta postupovna pravila ne smiju biti nepovoljnija od onih koja uređuju slična pravna sredstva predviđena za zaštitu prava koja se uživaju na temelju nacionalnog pravnog poretka (načelo ekvivalentnosti) i da u praksi ne smiju onemogućavati ili pretjerano otežavati ostvarivanje prava koja dodjeljuje pravni poredak Unije (načelo djelotvornosti)”.⁵⁴

Također, u istoj je presudi među ostalim navedeno da se odredbama Direktive 89/665⁵⁵, koje je svrha bila ponuditeljima pružiti zaštitu od arbitrarnog

⁴⁹ U paragrafu 37 i 38 mišljenja.

⁵⁰ U paragrafu 47 mišljenja.

⁵¹ U paragrafu 63 mišljenja.

⁵² Presuda u predmetu C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6F14286AEDAA6A-9B067283148318EEF5?text=&docid=162829&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1312980> (6. studenoga 2023.).

⁵³ U točki 39 presude.

⁵⁴ U svezi navedenoga CJEU se pozvao na presudu *Club Hotel Loutraki i dr.*, C-145/08 i C-149/08, EU:C:2010:247, točku 74.

⁵⁵ Direktiva Vijeća 89/665/EEZ od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima, kako je izmijenjena Direktivom Vijeća 92/50/EEZ od 18. lipnja 1992. o usklađivanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim uslugama, SL L 209, 1992.

postupanja javnih naručitelja, nastojalo ojačati postojeće mehanizme kako bi se osigurala učinkovita primjena propisa Unije u području dodjele ugovora o javnim nabavama, posebice u stadiju u kojem povrede još mogu biti ispravljene te da je ista direktiva zahtijevala učinkovita i brza pravna sredstva “prema detaljnim pravilima koja utvrđuju države članice”.⁵⁶

7. ZAHTJEVI PRAVA NA DJELOTVORAN PRAVNI LIJEK

U skladu s načelom djelotvornosti, nacionalna pravila postupka ne smiju učiniti ostvarivanje prava zajamčenih propisima Europske unije praktično nemogućima ili pretjerano teškima.⁵⁷ S obzirom na to da se konvencijska prava smatraju općim načelima prava Europske unije, po pravnoj snazi inherentnima primarnom pravu Europske unije, može se zaključiti da je zbog nepostojanja zasebnog postupka, odnosno neregulacije proceduralnih pravila glede spora o povjerljivosti podataka do kojeg može doći u hrvatskom postupku javne nabave, kao i manjkavosti u propisima koji reguliraju postupanje samog naručitelja, DKOM-a i VUSRH-a, u takvim situacijama gospodarskim subjektima povrijeđeno i pravo na djelotvoran pravni lijek.⁵⁸

Smatramo da sve opisano negativno utječe na učinkovitost postupka javne nabave u cjelini, jer, potencijalno, zbog potrebe podnošenja špekulativnih pravnih lijekova i tužbi dolazi do duljeg trajanja i neekonomičnosti pojedinog postupka.

U hrvatskim postupcima, vezanima uz pravnu zaštitu ponuditelja ili natjecatelja u slučaju ograničenja pristupa dokumentaciji u postupku javne nabave zbog prava na tajnost podataka, nisu pronađena pravila glede postizanja ravnoteže između prava na tajnost podataka i načela transparentnosti, koju ravnotežu je potrebno postići kako bi se osiguralo pravo na pošteno suđenje i pravo na djelotvorno pravno sredstvo, što zahtijeva i praksa CJEU-a.

⁵⁶ Točka 50 presude.

⁵⁷ Britvić Vetma, B., *Utjecaj konvencijskog prava i prava Europske unije na zaštitu prava stranke u upravnom sporu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 37, br. 1, 2016., str. 298.

⁵⁸ Ujedno, može se zaključiti da je time narušeno i načelo djelotvornosti koje zahtijeva europsko pravo.

8. POREDBENO RJEŠENJE IZ UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

U Ujedinjenom Kraljevstvu donesene su 2019. godine Smjernice Tehnološkog i građevinskog suda⁵⁹ (Smjernice TCC-a) koje su utemeljene na iskustvima iz prakse, uključujući i u dijelu vezanom uz povjerljive informacije koje se pojavu u postupcima javne nabave. Na same postupke javne nabave odnosi se Prilog H navedenih Smjernica.⁶⁰

Prilog H Smjernica TCC-a strankama skreće pozornost⁶¹ na mogućnost korištenja prstenova povjerljivosti prije samih pokretanja postupaka te se naručitelja potiče da potencijalnom tužitelju već u ranoj fazi postupka otkrije one povjerljive podatke koji su relevantni za podnošenje tužbe.

Iste Smjernice također predviđaju⁶² da, ako tužba ili koji drugi podnesak sadržavaju povjerljive informacije, strana koja dostavlja sudu podnesak treba podnijeti redigiranu verziju podneska s prikrivenim povjerljivim informacijama, kao i neredigiranu verziju označenu kao povjerljivu i zapečaćenu u omotnici, uz zahtjev da se odredi ograničenje pristupa toj dokumentaciji.

Otkrivanje povjerljivih podataka u postupcima javne nabave regulirano je Smjernicama TCC-a⁶³ na način da se otkrivanje obavlja u formiranim prstenovima povjerljivosti. Stoga se upravo prstenovi povjerljivosti uspostavljaju kako bi se olakšalo otkrivanje povjerljivih informacija.

Prsten povjerljivosti sastoji se od osoba kojima se mogu otkriti povjerljive informacije uz njihovu obvezu čuvanja povjerljivosti.

Smjernice navode da će uvjeti bilo kojeg prstena povjerljivosti ovisiti o okolnostima svakog pojedinog slučaja. Međutim, istaknuto je da će biti potrebno odrediti koje se točno osobe mogu primiti u prsten, kao i uvjete, odnosno obveze koje će se zahtijevati od članova prstena povjerljivosti. Neovisno o navedenome, regulirano je⁶⁴ da će vanjski pravni savjetnici stranke, čime se ponajprije misli na odvjetnike, biti primljeni u bilo koji prsten povjerljivosti koji se uspostavi.

Prigodom razmatranja treba li određena osoba biti primljena u prsten povjerljivosti, sud uzima u obzir njezinu ulogu i odgovornosti unutar pojedine

⁵⁹ Dostupne na https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/819807/technology-and-construction-court-guide.pdf (29. siječnja 2023.).

⁶⁰ Sadržava 66 točaka.

⁶¹ U točki 7 Priloga H Smjernica TCC.

⁶² U točki 11.

⁶³ U točkama od 34 do 48.

⁶⁴ U točki 37.

organizacije, opseg rizika vezan uz narušavanje tržišnog natjecanja kao rezultat otkrivanja podataka, mjeru u kojoj se taj rizik može izbjeći ili kontrolirati uz ograničenja uvjeta otkrivanja, kao i učinke koje bi sva predložena ograničenja imala na određenu osobu.⁶⁵

U Smjernicama TCC-a je među ostalim navedeno i da se povjerljivi dokumenti, informacije ili podnesci moraju dostaviti članovima prstena samo ako se oni prethodno sudu obvežu da će povjerljivu dokumentaciju rabiti u svrhu provedbe postupka te da će spriječiti otkrivanje izvan prstena.⁶⁶

Može se zaključiti da su prikazane Smjernice TCC-a iz Ujedinjenog Kraljevstva na najadekvatniji način ponudile rješenje kako zaštititi povjerljive informacije u postupku javne nabave, a ujedno i sudionicima omogućiti uvid u iste, čime bi temeljna prava poštenog suđenja i prava na djelotvorno pravno sredstvo trebala ostati neoskrvnjena.

9. KONKRETNI PRIJEDLOZI IZMJENA HRVATSKOG ZAKONODAVSTVA JAVNE NABAVE

9.1. Potreba reguliranja spora o povjerljivosti podataka

U hrvatskom zakonodavstvu javne nabave spor o povjerljivosti podataka nije reguliran ni pred naručiteljem, ni pred DKOM, kao ni pred VUSRH-om. S obzirom na to da time potencijalno dolazi do kršenja prava na pravično suđenje i na djelotvorno pravno sredstvo, javlja se potreba da se u Republici Hrvatskoj već u fazi postupka pred naručiteljem uredi pitanje spora o povjerljivosti podataka, što je potkrijepljeno, među ostalim, i zaključcima ranije spomenute presude CJEU-a u predmetu C-538/13⁶⁷, kao i sadržajem Smjernica TCC-a.

Također, analognom primjenom zaključaka iz prije navedene presude ECHR-a, broj zahtjeva 28901/95⁶⁸, dodatno se zaključuje da bi se za rješavanje spora o povjerljivosti podataka u okviru postupka javne nabave trebalo formirati neovisno tijelo pred naručiteljem, prema usporednoj proceduri iz ZZNITV-a. Opisana procedura ne odudara od smisla i ciljeva Smjernica TCC-a koje su za spor o povjerljivosti podataka u postupcima javne nabave predvidjele postupanje u prstenovima povjerljivosti.

⁶⁵ Primjerice, zabranom sudjelovanja u ponovnom nadmetanju u pojedinom postupku javne nabave, ili određeno vrijeme na budućim nadmetanjima.

⁶⁶ U točki 44.

⁶⁷ Presuda *eVigilo Ltd protiv Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, C-538/13, od 12. ožujka 2015.

⁶⁸ Presuda u predmetu *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog kraljevstva*, od 16. veljače 2000.

9.2. Prijedlog uvođenja instituta prstena povjerljivosti u postupku pred naručiteljem

U Republici Hrvatskoj bi u postupak javne nabave trebalo uvesti dodatno povjerenstvo koje bi bilo zaduženo za odlučivanje ako bi se u pojedinom postupku pojavio spor glede podataka označenih tajnima. Kako naručitelj, prema sadašnjem zakonodavnom uređenju, prije postupka javne nabave imenuje stručno povjerenstvo za javnu nabavu, tako bi trebao imenovati i stručno povjerenstvo za pristup podacima označenim tajnima (stručno povjerenstvo).⁶⁹

Predloženo stručno povjerenstvo bi se u pojedinom postupku javne nabave involviralo u postupak *a priori* samo ako bi došlo do spora o povjerljivosti podataka. Odluka koju bi donijelo to povjerenstvo djelovala bi *inter partes*. Tek poslije, ako bi se protiv iste odluke podnosila žalba, ili potom upravna tužba, sadržaj donesene odluke djelovao bi *erga omnes*.

Rok za podnošenje zahtjeva za uvid u tajnu dokumentaciju, koja je meritorna za odluku u postupku, natjecatelj ili ponuditelj bi trebao podnijeti stručnom povjerenstvu u roku od tri dana nakon dostave odluke o odabiru ili poništenju te bi stručno povjerenstvo o zahtjevu trebalo odlučiti u sljedećem roku od tri dana.⁷⁰

Ponuditelj ili natjecatelj, kojem bi bio odbijen prijedlog za uvid u tajnima označene podatke spisa, mogao bi podnijeti žalbu protiv takve odluke, i to u zasebnom odjeljku žalbe protiv odluke o odabiru.⁷¹

⁶⁹ Stručno povjerenstvo za pristup podacima označenim tajnima ne bi imalo pravo na pristup sadržaju ponuda, osim ako bi se u pojedinom postupku javne nabave pojavilo kao sporno pitanje onemogućavanja uvida pojedinom gospodarskom subjektu u podacima označenim tajnima u postupku javne nabave. Povjerenstvo bi se bi se sastojalo od tri člana, od kojih bi barem jedan član trebao imati položen pravosudni ispit i posjedovati važeći certifikat u području javne nabave.

⁷⁰ S obzirom na vrlo čestu složenost postupka javne nabave, posebice ako se u okviru istog pojavi i spor o povjerljivosti podataka, smatra se da bi hrvatski zakonodavac trebao razmotriti i mogućnost produljenja roka za žalbu u postupcima javne nabave s deset na petnaest dana. U okviru tih petnaest dana postojao bi razuman rok za postupanje unutar prstena povjerljivosti te za pripremu žalbe.

⁷¹ Ako bi jedini razlog za podnošenje žalbe bio omogućavanje uvida u tajne podatke spisa, kako se na ponuditelja ili natjecatelja ne bi primijenile zakonske odredbe o visini naknade za pokretanje žalbenog postupka, naknada za pokretanje žalbenog postupka u odnosu na odluku o odbijanju uvida u tajnu dokumentaciju spisa bi mogla biti fiksna u iznosu od 650,00 EUR. Podređan prijedlog je da visina naknade protiv odluke o odbijanju uvida u tajnu dokumentaciju spisa bude propisana u iznosu od 1.330,00 EUR, što se odnosi na najniži razred naknade za pokretanje žalbenog postupka na temelju važećeg ZJN-a.

Stručno povjerenstvo, ako udovolji zahtjevu ponuditelja ili natjecatelja za pristup takvim podatcima, donijelo bi odluku o očuvanju povjerljivosti podataka protiv koje ne bi bila dopuštena žalba.⁷²

U takvoj situaciji došlo bi do formiranja prstena povjerljivosti te bi se u krug povjerljivih osoba, u toj prvobitnoj fazi pred naručiteljem, imenovale najviše tri osobe pojedinog ponuditelja ili natjecatelja.

U krug povjerljivih osoba bi mogao biti primljen zakonski zastupnik ponuditelja ili natjecatelja, punomoćnik odvjetnik natjecatelja ili ponuditelja te, prema odluci punomoćnika odvjetnika natjecatelja ili ponuditelja, odvjetnički vježbenik zaposlen kod punomoćnika odvjetnika natjecatelja ili ponuditelja.

Povjerljive osobe prihvaćene u prsten povjerljivosti trebale bi potpisati izjavu o povjerljivosti koja sadržava upozorenje o činjenju kaznenog djela odavanja i neovlaštenog pribavljanja poslovne tajne. Također, povjerljive osobe ne bi smjele otkriti bilo koji podatak koji je u postupku označen kao tajan, pa čak ni u žalbi ili poslije u upravnoj tužbi, tako dugo dok se ne osigura daljnja povjerljivost postupka pred DKOM-om odnosno pred VUSRH-om, s obzirom na javnu objavu odluka.

9.3. Povjerljivi postupak pred DKOM-om i VUSRH-om

U Republici Hrvatskoj bi također trebalo propisati proceduru povjerljivosti postupka pred DKOM-om i pred VUSRH-om, i to u slučajevima kada se u postupcima pred tim tijelima u spisu nalaze podaci označeni tajnima, kao i informacije o osobama kojima su u ranoj fazi postupka pred naručiteljem tajni podatci dani na uvid.

Ako pred naručiteljem ne bi bilo zatraženo formiranje prstena povjerljivosti, isto, zbog ekonomičnosti postupka te sprječavanja zlouporabe procesnih ovlaštenja, ne bi trebalo biti omogućeno u postupku pred DKOM-om, kao ni pred VUSRH-om.

Međutim, ako bi prije pred naručiteljem bio formiran prsten povjerljivosti, isti bi se u daljnjem postupku pred DKOM-om i VUSRH-om mogao, u slučaju daljnjeg spora glede tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka, proširiti i na širi krug osoba. Te dodatne osobe bi mogle biti primjerice dodatni odvjetnik ili odvjetnički vježbenik koji radi s punomoćnikom koji je u postupku pred naručiteljem bio primljen u prsten povjerljivosti ili pak vještak odgovarajuće struke, ovisno o meritumu spora.

⁷² Ovakvo zakonodavno rješenje, glede nedopuštenosti žalbe protiv odluke kojom se usvajaju mjere radi očuvanja povjerljivosti podataka u postupku, predviđeno je i u hrvatskom usporednom postupku u skladu sa ZZNITV-om.

U Prilogu H Smjernica TCC-a, prikazani su prijedlozi tehničkih rješenja primanja osoba u prstenove povjerljivosti, kao i formiranja povjerljivog sudskog spisa i postupanja s povjerljivim podacima u takvome spisu. Takva tehnička rješenja mogla bi se implementirati i u Republici Hrvatskoj.⁷³

Kako je u Republici Hrvatskoj u funkciji aplikacija e-Žalba korištenjem koje se u postupku javne nabave podnosi žalba putem Elektroničkog oglasnika javne nabave Republike Hrvatske, kao i aplikacija e-Komunikacija koja omogućuje podnošenje upravne tužbe VUSRH-u elektroničkim putem, u obzir dolaze i prijedlozi iz Priloga H Smjernica TCC-a u pogledu toga da je prigodom podnošenja dokumentacije sudu, odnosno u Republici Hrvatskoj VUSRH-u i DKOM-u, preporučljivo dokumente koji sadržavaju povjerljive informacije identificirati zasebnim pečatom ili oznakom te ih dostaviti na papiru u boji, kako bi njihov povjerljivi status bio odmah i vizualno vidljiv.

Stoga, prednja britanska tehnička rješenja mogla bi se primijeniti i u Republici Hrvatskoj, ali bi u tome slučaju i informacijski sustav spomenutih aplikacija trebao biti prilagođen zahtjevima povjerljivosti, odnosno omogućiti da podnositelj povjerljivih dokumenata iste podnosi putem zasebnog dijela elektroničke komunikacije, kako bi primatelj dobio informaciju da je riječ o povjerljivom spisu ili njegovim dijelovima te kako bi zaprimljenoj dokumentaciji imao pristup poseban službenik ovlašten za postupanje s povjerljivim spisima.

Sama interna procedura postupanja s tajnim, odnosno povjerljivim spisima vezanima uz postupke javne nabave, ili njihovim dijelovima, trebala bi biti zasebno uređena, kako pred DKOM-om tako i pred VUSRH-om.

Kad je riječ o provedbi postupaka nakon izjavljene žalbe, odnosno poslije upravne tužbe, koji postupci se vode pred DKOM-om i VUSRH-om, bilo bi potrebno, uz dopune odredaba ZJN-a, dopuniti i Uredbu o unutarnjem ustrojstvu DKOM-a te ZUS, kao i Sudski poslovnik, na način da bi ti propisi sadržavali odredbe glede procedure ako bi u konkretnom postupku dokumentacija spisa, ili njezini dijelovi, bili tajne, odnosno povjerljive prirode.

⁷³ Naime, iz Priloga H Smjernica TCC-a proizlazi da se, nakon što je predmet dodijeljen u rad određenom sucu, označena povjerljiva dokumentacija spisa tada prosljeđuje posebnom sudskom službeniku u svrhu ograničenja rizika od nenamjernog otkrivanja povjerljive dokumentacije.

10. ZAKLJUČAK

U hrvatskom postupku javne nabave, ni pred naručiteljem, ni pred DKOM-om, ni pred VUSRH-om ne postoje pravila glede spora o povjerljivosti podataka. Pojedini gospodarski subjekt može na temelju valjane pravne osnove pojedine podatke označiti tajnima, a naručitelj je taj koji ispituje je li ta pravna osnova valjana. Ako koji drugi gospodarski subjekt osporava pravnu osnovu označavanja podataka tajnima, ne postoje pravni mehanizmi za rješavanje takvog spora već u ranoj fazi postupka pred naručiteljem. Tada takav gospodarski subjekt nema mogućnost uvida u podatke označene tajnima, koji mogu biti relevantni za podnošenje žalbe ili kasnije tužbe. S jedne strane je potrebno zaštititi interese tajnosti, odnosno povjerljivosti podataka, dok je s druge strane potrebno poštovati načelo transparentnosti postupka javne nabave te pravo na pošteno suđenje i djelotvorno pravno sredstvo. Postizanje ravnoteže bilo bi moguće u okviru prstenova povjerljivosti, koji se u postupcima javne nabave primjenjuju u Ujedinjenom Kraljevstvu na temelju Smjernica tehnološkog i građevinskog suda iz 2019. godine. Također, u Republici Hrvatskoj već postoji usporedni postupak koji štiti poslovne tajne i primjenjuje mjere koje imaju oblike postupanja u prstenovima povjerljivosti. Stoga se predlažu konkretne zakonodavne izmjene u hrvatskom postupku javne nabave uvođenjem pred naručiteljem stručnog povjerenstva za pristup podacima označenim tajnima koje bi odlučivalo u okviru formiranih prstenova povjerljivosti. Predlaže se da bi u istom povjerenstvu barem jedan član trebao posjedovati certifikat iz područja javne nabave te imati položen pravosudni ispit. Ujedno je skrenuta pozornost i na potrebu dopune zakonodavstva glede postupka pred DKOM-om i VUSRH-om, kada se u spisu nalaze tajni, odnosno povjerljivi podatci postupka javne nabave.

LITERATURA

- Caranta, R.; Sanchez Graells, A., *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021.
- Britvić Vetma, B., *Utjecaj konvencijskog prava i prava Europske unije na zaštitu prava stranke u upravnom sporu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 37, br. 1., 2016., str. 291 – 315.
- Halonen, K. M., *Disclosure rules in EU public procurement: balancing between competition and transparency*, Journal of Public Procurement, vol. 16, br. 4, 2016., str. 528 – 553.

- Halonen, K. M.; Caranta, R.; Sanchez-Graells, A., *Transparency in EU Procurements*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019.
- Moukiou, C. P., *The Principles of Transparency and Anti-Bribery in Public Procurement: A Slow Engagement with the Letter and Spirit of the EU Public Procurement Directives*, *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, br. 2, 2016., str. 72 – 87.
- Rainey, B.; McCormick, P.; Ovey, C., *Jacobs, White, and Ovey; The European Convention on Human Right*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Risvig Hamer, C.; Andhov, M., *Commentary on Article 18*, u: Caranta, R.; Sanchez Graells, A. (ur.), *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021., str. 187 – 207.
- Sanchez Graells, A., *The difficult balance between transparency and competition in public procurement: Some recent trends in the case law of the European Courts and a look at the new Directives*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 13-11, 2013., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2353005, pristupljeno 26. ožujka 2024.
- Steinecke, M.; Vesterdorf, P. L., *EU Public Procurement Law – Brussels Commentary*, Nomos, Berlin, 2018.
- Uzelac, A., *Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: Nova praksa Europskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 60., br. 1, 2010., str. 101 – 148.

PROPISI

- Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ, SL L 94, 28. 3. 2014.
- Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, SL L 134, 30. 4. 2004.
- Direktiva (EU) 2016/943 Europskog Parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2016. o zaštiti neotkrivenih znanja i iskustva te poslovnih informacija (poslovne tajne) od nezakonitog pribavljanja, korištenja i otkrivanja, SL L 157, 15. 6. 2016.
- Direktiva Vijeća 89/665/EEZ od 21. prosinca 1989. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima, kako je izmijenjena Di-

rektivom Vijeća 92/50/EEZ od 18. lipnja 1992. o usklađivanju postupaka za dodjelu ugovora o javnim uslugama, SL L 209, 1992.

Sudski poslovnik, Narodne novine, br. 37/2014, 49/2014, 8/2015, 35/2015, 123/2015, 45/2016, 29/2017, 33/2017, 34/2017, 57/2017, 101/2018, 119/2018, 81/2019, 128/2019, 39/2020, 47/2020, 138/2020, 147/2020, 70/2021, 99/2021, 23/2022.

Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ, SL L 119, 04. 5. 2016.

Uredba o unutarnjem ustrojstvu Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Narodne novine, br. 84/2013, 145/2014.

Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine, br. 120/2016, 114/2022.

Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti, Narodne novine, br. 30/2018.

Zakon o tajnosti podataka, Narodne novine, br. 79/2007, 86/2012.

Zakon o zaštiti tajnosti podataka, Narodne novine, br. 108/1996, 79/2007.

Povelja Europske unije o temeljnim pravima, SL C 202/389, 07.06.2016.

Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine, br. 20/2010, 143/2012, 152/2014, 94/2016, 29/2017, 110/2021.

ODLUKE, PRESUDE I MIŠLJENJA

Mišljenje nezavisne odvjetnice Sharpston od 25. 10. 2007. godine u predmetu C-450/06, Varec v État belge, dostupno na <https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006CC0450>

Odluka Europskog suda za ljudska prava od 6. srpnja 2010. godine, zahtjev broj 54111/07, Star Cate Epilekta Gevmata i drugi protiv Grčke, odluka je dostupna na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageiso-code%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2254111/07%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22ADMISSIBILITY%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-100012%22%5D%7D>

Odluka Europskog suda za ljudska prava od 15. rujna 2009. godine, zahtjev broj 798/05, Miroļubovs i ostali protiv Lettonie. Odluka je dostupna na: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22languageiso-code%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%22798/05%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-93983%22%5D%7D>

- Odluka Europskog suda za ljudska prava dana 31. listopada 2006. godine, zahtjev broj 59741/00, Aksoy (Eroğlu) protiv Turske, dostupno na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-77761%22%5D%7D>}
- Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-99/19-8 od 20. ožujka 2019., dostupno na: <https://pdf.dkom.hr/usdokumenti/18399445053.pdf>
- Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-99/19-8 od 20. ožujka 2019., dostupno na: <https://pdf.dkom.hr/usdokumenti/18399445053.pdf>
- Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-218/16-4 od 09. ožujka 2018., dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/UpSR-H2016UsIIB218A4>
- Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, UsII-255/21 od 24. kolovoza 2021., dostupna na: <https://pdf.dkom.hr/dokumentit/202109090937085625.pdf>
- Presuda Europskog suda za ljudska prava od 24. studenog 1997. godine, zahtjev broj 138/1996/757/956, Werner protiv Austrije. Presuda je dostupna na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58114%22%5D%7D>}
- Presuda Suda Europske unije u predmetu eVvigilo Ltd protiv Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, C-538/13, od 12. ožujka 2015. godine, dostupna na: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6F14286AEDAA6A9B067283148318EEF5?text=&docid=162829&pageIndex=0&doclang=HR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1312980>
- Presuda Europskog suda za ljudska prava, Rowe i Davis protiv Ujedinjenog kraljevstva, od 16. veljače 2000. godine, dostupna na: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58496%22%5D%7D>}
- Presuda britanskog Tehnološkog i građevinskog suda u predmetu SRCL Ltd protiv The National Health Service Commissioning Bord od 27. srpnja 2018. godine, [2018] EWHC 1985 (TCC), Case No. HT-2017-000169, dostupna na: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2018/1985.html>
- Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/11-034-02/18-01/798, Urbroj: 354-01/18-7 od 25. listopada 2018., dostupno na: <https://pdf.dkom.hr/18399.pdf>
- Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/17-01/64, Urbroj: 354-01/17-7 od 08. ožujka 2017., dostupno na: <http://pdf.dkom.hr/16704.pdf?nocache=140417215927>

Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/17-01/197, Ubroj: 354-01/17-7 od 09. svibnja 2017., dostupno na: <https://pdf.dkom.hr/16840.pdf>

Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/18-01/216, Ubroj: 354-01/18-7 od 26. travnja 2018., dostupno na: <https://pdf.dkom.hr/17805.pdf>

Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/17-01/513, Ubroj: 354-01/17-9 od 22. rujna 2017., dostupno na: <http://pdf.dkom.hr/17163.pdf>

Rješenje Državne komisije za kontrolu postupaka javne nabave, Klasa: UP/II-034-02/21-01/473, Ubroj: 354-01/21-8 od 11. lipnja 2021., dostupno na: <https://pdf.dkom.hr/dokumentit/202106171203420466.pdf>

Summary

Romina Štaba*

Marko Turudić**

**THE CONFLICT BETWEEN THE PRINCIPLE OF
TRANSPARENCY AND THE PRINCIPLE OF DATA
CONFIDENTIALITY IN THE PUBLIC PROCUREMENT
LAW OF THE REPUBLIC OF CROATIA**

The principle of transparency is one of the basic principles for conducting public procurement procedures. The consistent application of the aforementioned principle ensures the availability of all necessary information about the public procurement procedure to interested economic entities, but also ensures the transparency of the actions of the contracting authority when conducting the procedure and making the selection decision. Nevertheless, the principle of transparency must not be absolute, since in some public procurement procedures there will be information that economic entities do not want to make publicly available for good reason. Therefore, the question of how to balance the principle of transparency with the principle of data confidentiality has become one of the most important issues of public procurement law at the EU level, but also in the Republic of Croatia. In this paper, we will present, explain and define the principle of transparency and the principle of data confidentiality and the current legislative arrangement in the Republic of Croatia. Also, we will present the important issues of the principle of transparency and the principle of data confidentiality before the European Court of Human Rights, as well as the Court of Justice of the European Union. Finally, we will present how this issue has been resolved in the law of the United Kingdom, and we will give concrete proposals on how to amend the Croatian public procurement legislation in order to ensure a balance between the principles of transparency and data confidentiality in public procurement procedures.

Key words: public procurement; principle of transparency; right to confidentiality of data

* Romina Štaba, Ph. D., Lawyer, Senior Partner, Law Firm Porobija & Špoljarić, Kolodvorska 12, 42000 Varaždin; romina.staba@psod.hr;
ORCID ID: orcid.org/0009-0006-9119-7014

** Marko Turudić, Ph. D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb; marko.turudic@pravo.unizg.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0001-9569-9018